

DERECHO A LA IGUALDAD Y TEST DE PROPORCIONALIDAD-Modelo de análisis

A fin de determinar si el trato discriminatorio vulnera el derecho fundamental a la igualdad, la Corte ha elaborado un modelo de análisis que integra el juicio de proporcionalidad y el test de igualdad. El operador jurídico debe, entonces, estudiar si la medida (i) es adecuada, en tanto persiga la obtención de un fin constitucionalmente válido; (ii) si es necesaria, en tanto no exista otra forma de obtener el mismo resultado con un sacrificio menor de principios constitucionales y que tenga la virtud de alcanzar el fin propuesto. En último lugar, el juez lleva a cabo (iii) un examen de proporcionalidad en estricto sentido, en el cual determina si el trato diferenciado no sacrifica valores constitucionales más relevantes que los resguardados con la medida atacada.

JUEZ CONSTITUCIONAL-Utilización de argumentos morales

No puede el juez constitucional olvidar que muchas veces las razones de tipo moral, aunque están de acuerdo con la opinión preeminente en algún momento, pueden vulnerar el derecho a la autonomía de los sujetos cuyo plan de vida no está en consonancia con los proyectos vitales aceptados por la generalidad de los ciudadanos. Lo anterior permite afirmar que - de conformidad con lo establecido en el fundamento 3 de esta providencia- cuando la aplicación de una sanción administrativa o la promulgación de una norma jurídica que persiga exclusivamente la defensa de un principio de moral pública debe ser sometida a un test estricto de proporcionalidad. Se tiene entonces que sólo será constitucional una medida de esta índole si es necesaria, adecuada y estrictamente proporcionada para la salvaguarda del valor en mención ajustado a la Constitución.

SANCION ADMINISTRATIVA Y MORALIDAD PUBLICA-Esta no puede ser el argumento para imponerla

Cuando una autoridad tiene a su cargo la imposición de sanciones administrativas, no puede fundar el reproche en consideraciones de razón práctica exclusivamente, sino que debe estructurar su razonamiento con todas las circunstancias relevantes para el caso -entre las que se cuentan las prescripciones normativas de moralidad pública -. Para que un principio de moral pública sea fuente legítima de una norma o de una decisión administrativa que

restrinja la libertad personal, el mismo no debe ser tan sólo la expresión de idearios perfeccionistas colectivos o individuales. En supuestos de sociedades contemporáneas en las cuales conviven múltiples grupos humanos con cosmovisiones disímiles, el primado constitucional propende por el respeto y preponderancia de la libertad como barrera frente a convicciones homogenizantes que tienden a imponer su visión de mundo a toda la sociedad (con fundamento en sus prejuicios y concepción de verdad).

MORALIDAD PUBLICA-Concepto y naturaleza

Es posible afirmar que la moralidad pública (i) es un elemento adicional en la constitucionalización de los derechos de los ciudadanos, (ii) es fuente de limitaciones de derechos constitucionales, en tanto permite al Estado imponer restricciones con el objetivo de armonizar proyectos de vida disímiles en el contexto de una democracia, (iii) está compuesta por los principios que se encuentran en relación de conexidad necesaria con la idea de Estado social y democrático de derecho, cuales son, entre otros: dignidad humana, la búsqueda de la paz, el pluralismo y la tolerancia. En ese orden de ideas, frente a la vaguedad conceptual e indeterminación de fuentes normativas de reglas y principios en el ámbito de la moral pública -y frente a la posible restricción ilegítima del derecho a la libertad- debe aplicarse un test estricto de proporcionalidad.

TEST DE PROPORCIONALIDAD-Prohibición de trato discriminatorio basado en el criterio de orientación sexual

Es posible derivar las siguientes consecuencias en punto de la jurisprudencia respecto de la condición homosexual como criterio sospechoso de discriminación: (i) en estos eventos debe aplicarse un test estricto de proporcionalidad, por cuanto difícilmente puede sustentarse un fin constitucionalmente admisible en punto de la restricción de la autodeterminación sexual; (ii) la opción sexual de los ciudadanos constituye un componente esencial de la autodeterminación de los proyectos vitales y del desarrollo de la vida en relación. Implícitamente puede afirmarse también que los fallos de la Corte proscriben la prohibición de comportamientos públicos permitidos a los heterosexuales y negado para los homosexuales.

HOMOSEXUAL-Prohibición de ubicación física en malecón

DETENCION PREVENTIVA ADMINISTRATIVA-Supuestos en que puede darse

La detención preventiva administrativa es la potestad que tienen los organismos de policía de aprehender materialmente a ciertos sujetos en caso de urgencia, cuando está de por medio el cumplimiento de su función de salvaguarda de los derechos y el ejercicio efectivo de las libertades públicas. De conformidad con la sentencia C-024 de 1994, la mencionada aprehensión sólo puede darse en presencia de los siguientes supuestos: (i) la existencia de razones fundadas que evidencien la necesidad de este procedimiento. Tal detención no puede basarse en la mera sospecha o convicción subjetiva del agente respecto de la ocurrencia de una posible infracción; (ii) debe tratarse de situaciones de urgencia y apremio cuyo aplazamiento puede conllevar un peligro inminente y, posteriormente, hacer ineficiente una investigación judicial, (iii) debe ser proporcionada en consideración a la gravedad de los hechos (iv) no pueden ser discriminatorias, en el sentido de estar encaminadas a excluir ciertos grupos sociales con fundamento en prejuicios hostiles hacia ellos. Además, la detención preventiva de naturaleza administrativa sólo procede, por regla general, ante eminentes vulneraciones de derechos fundamentales que tenga relevancia penal. Aprehensión que debe basarse en pruebas serias de incriminación y no en sospechas.

DETENCION PREVENTIVA ADMINISTRATIVA-Prohibición a la Policía de efectuarla por supuesto caso de VIH

No encuentra la Corte justificado que los organismos de policía amparen la realización de detenciones preventivas a un sector determinado de la población, sustentando para ello que tienen conocimiento de la presencia en un determinado sector de una persona con VIH. Si en realidad tuviesen la potestad de aprehender a los ciudadanos por este motivo -cosa que no es cierta- tendrían que conducir a la estación de policía no a un número limitado de ciudadanos homosexuales, sino al grueso de la población de una determinada ciudad, en tanto es de amplio conocimiento -más aún para las autoridades públicas- que el virus de la inmunodeficiencia adquirida no ataca exclusivamente a una categoría cerrada de sujetos sino que, por el contrario, todos los seres humanos estamos expuestos a contraer el virus y a desarrollar posteriormente la enfermedad. En todo caso debe haber absoluta claridad respecto de la prohibición que vincula a un ente administrativo como la policía de crear bancos de datos que contengan este tipo de información. El problema de la propagación de enfermedades infectocontagiosas y el deber de velar por la salubridad pública no se

satisfacen restringiendo la libertad de circulación de algunos individuos que, con fundamento en un prejuicio social refutado, son discriminados con ocasión de su opción sexual. El mismo argumento puede extenderse a las hipótesis de detención administrativa en razón de la lesión a la moral pública que su comportamiento público comporta. A juicio de esta Corte, resulta inconstitucionalmente discriminatorio que las personas homosexuales sean arrestadas con ocasión de comportamientos que son respetados y garantizados a los heterosexuales. De igual manera, la tesis de conformidad con la cual un grupo de personas comercia con drogas ilícitas, debe denunciarse y probarse en el curso de un proceso penal. No puede presumirse con el fundamento peligrosista consistente en que los ciudadanos con cierta opción sexual cometen este delito con ocasión de sus preferencias eróticas.

DERECHO A LA AUTONOMIA PERSONAL-No se puede restringir a grupo homosexual/DERECHO A LA LIBERTAD DE CIRCULACION-No se puede restringir a grupo homosexual

(i) Que en el caso de la referencia es necesario aplicar un test estricto de proporcionalidad por cuanto (a) el fundamento del trato discriminatorio es un criterio sospechoso –condición sexual -, y (b) el fin perseguido con la actuación administrativa es la salvaguarda de la moral pública (concepto extremadamente vago). De la aplicación de esta evaluación surge fácilmente que las preferencias homosexuales de ciertos ciudadanos hacen parte de su derecho a la intimidad y a la autodeterminación, tan sólo excepcionalmente restringible por parte del Estado. En ese sentido, no se ve cómo se resguarda el fin constitucionalmente protegido –la guarda de la moral social- con la restricción casi absoluta de circulación a un grupo de ciudadanos y con las detenciones administrativas de las cuales son objeto. Es necesario reiterar que el hecho de tener cierta preferencia sexual (que no dañe derechos de terceros) hace parte del derecho a definir los propios planes de vida y a desplegar en consecuencia la vida de relación, sin que ello pueda ser limitado por los prejuicios personales de los funcionarios con facultades de policía. Encuentra la Corte que la medida restrictiva de la libertad de circulación por el territorio nacional del ciudadano no resulta ni necesaria ni adecuada para garantizar un valor constitucional. Con el fin de llevar ante los tribunales a las personas que comercian drogas ilícitas debe iniciarse la actuación penal correspondiente, no detener a cierto número de ciudadanos por que al funcionario policial “le pareció” que estaban involucrados en la comisión del delito. En conclusión, no solo la medida prohibitiva de permanecer en un lugar abierto al público dada al actor no es necesaria, sino que resulta a todas luces inútil para evitar que se cometan ilícitos.

BASE DE DATOS-La Policía no puede recopilar información sobre personas con VIH

Es evidente que las disposiciones tomadas por la policía del Magdalena son desproporcionadas y sacrifican valores constitucionales, sin que medie razón suficiente para ello. La pretensión de conformar bases de datos de las personas portadoras del VIH planteada por el comandante de policía como uno de los motivos para detener administrativamente al actor, vulnera sus derechos a la libre circulación, a la dignidad humana y a la intimidad –entre otros -. La policía departamental no está incluida entre los entes que pueden recopilar esta información –mucho menos teniendo en cuenta que pretenden utilizarla para señalar al portador -, que aún respecto de las instituciones que la recopilan tan solo para fines estadísticos, tienen estricta reserva legal.

ACCION DE TUTELA Y QUEJA DISCIPLINARIA-Pueden interponerse al mismo tiempo

La acción de tutela y la queja disciplinaria por el comportamiento indebido de un funcionario pueden ser concurrentes. En la primera de ellas se indaga la posible vulneración de derechos fundamentales cometida por un funcionario público y, en ese sentido, lo que es igual, por un representante del Estado. En la segunda se indaga por la comisión de infracciones de manera personal por parte de los mismos trabajadores. En suma, las dos pueden intentarse al mismo tiempo y ello no torna improcedente la acción de tutela. En conclusión, no asiste razón al juez de instancia en tanto afirma que el hecho de que el demandante haya denunciado la posible infracción disciplinaria ante otras entidades estatales tenga como consecuencia la denegación del amparo por existir otros medios idóneos de defensa.

Referencia: expediente T-818600

Acción de tutela instaurada por Juan Pablo Noguera Villar contra el comandante de policía del departamento del Magdalena

Magistrado Ponente:

Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de marzo de dos mil cuatro (2004).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los magistrados Clara

Inés Vargas Hernández, Álvaro Tafur Galvis y Eduardo Montealegre Lynett, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión del fallo dictado el Juzgado Primero Penal de Santa Marta, en el asunto de la referencia.

Juan Pablo Noguera Villar interpuso acción de tutela contra el Departamento de Policía de Santa Marta, con el objeto de que se ampararan sus derechos a la igualdad, a la integridad, al libre desarrollo de la personalidad, a la honra, al buen nombre y a la libre circulación.

1. Hechos

1.- Relata el actor que desde hace varios meses, los agentes y auxiliares de policía de la ciudad de Santa Marta se acercan a él y a un grupo de amigos suyos con el objetivo de pedirles sus documentos de identificación e indicarles que, de conformidad con una orden expresa del comandante de Policía del Departamento, las personas homosexuales no pueden estar en ese sector de la ciudad. Indica también que en el mes de abril de 2003, se encontraba en el mismo sitio de la capital del Magdalena cuando desde un carro de la policía, les fue informado a través de un megáfono que ni él ni los ciudadanos que lo acompañaban podían estar en ese lugar. Momentos después, continúa el demandante, descendió del vehículo oficial un capitán de la policía quien les ordenó que abandonaran el sector por cuanto, debido a la mala imagen que los homosexuales reunidos implicaban, había sido dada una “orden central de destierro”.

Indica que el 9 de mayo de 2003 volvió a reunirse con sus amigos en el mismo sitio de la bahía de Santa Marta, cuando llegaron doce personas –entre agentes y auxiliares de policía -. Anota que luego de insultarlo y hostigarlo, los funcionarios públicos manifestaron que ya le habían advertido respecto de la orden central, en el sentido de prohibir la permanencia de personas homosexuales en el lugar. Manifiesta que procedieron a subirlo en la patrulla y a conducirlo a la inspección de policía central norte, donde tras retenerlo por dos horas lo dejaron libre, reiterando que “no querían ver homosexuales en la bahía de Santa Marta.”

Solicitud de tutela

El demandante considera que el comportamiento de los agentes y auxiliares del departamento de policía del Magdalena, en el sentido de proscribir la estadía de personas homosexuales en cierto sector de la capital del Departamento, vulnera sus derechos fundamentales a la igualdad, a la integridad, al libre desarrollo de la personalidad, a la honra, al buen nombre y a la libre circulación.

Trámite surtido en el expediente de la referencia

El conocimiento de la primera instancia correspondió a la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Marta, quien mediante auto de junio 10 de 2003, admitió la acción y ordenó la notificación del funcionario demandando para que rindiera descargos.

Respuesta dada por el comandante del departamento de policía del Magdalena

El 13 de junio de 2003, el comandante de la entidad demandada respondió la solicitud de tutela en los siguientes términos:

1. En la oficina de quejas y reclamos de la entidad figura un memorial suscrito por el señor Arnoldo Pinedo Lanao -en coadyuvancia con el demandante en la presente acción de tutela -, en el cual se denuncian los mismos hechos. Por esta razón, el comandante de policía, en ejercicio de su potestad disciplinaria sobre el personal uniformado bajo su mando, ordenó la investigación disciplinaria del caso, con el fin de determinar la responsabilidad de los agentes mencionados en la queja.
2. Con el objeto de prevenir la posible vulneración de los derechos fundamentales de los ciudadanos que hacen uso del camellón de Santa Marta -incluidos los homosexuales -, se ha impartido la orden a los uniformados que, en sus procedimientos y al momento de atender los requerimientos de la comunidad, actúen de conformidad con lo prescrito por las leyes y reglamentos y las normas de derechos humanos. Esta orden ha sido cumplida a cabalidad por los funcionarios a su cargo, índice de lo cual es el hecho de que la única denuncia presentada por motivos de discriminación es la del actor en la presente solicitud de amparo.
3. No es cierto, como lo afirma el ciudadano Noguera Villar, que las autoridades de policía del

departamento del Magdalena hayan vulnerado sus derechos fundamentales, menos aún tomando en consideración que la obligación constitucional de la policía nacional es desarrollar los operativos y actividades que procuran el mantenimiento del equilibrio social, como condición necesaria para el ejercicio libre de derechos y deberes por parte de la comunidad. En cumplimiento de su responsabilidad institucional, la policía nacional a través del capitán Jesús Díaz –coordinador del programa zona segura para el camellón – Santa Marta –, atendió una solicitud elevada por los representantes de los establecimientos comerciales ubicados en esta zona. En la petición, los comerciantes solicitaron a la policía que controlara al grupo de homosexuales “que venían teniendo comportamientos atentatorios contra la moral, la ética y sanas costumbres de los ciudadanos de bien tanto turísticos como residentes en la ciudad que igualmente utilizan el camellón para disfrutar de su belleza y del ambiente que este genera” (fl. 17). Por tal motivo, y acudiendo al llamado de la comunidad, fueron diseñados operativos, con el fin de “verificar y establecer cuáles eran los homosexuales que venían perturbando la seguridad y tranquilidad del sector”(fl. 17). Como resultado de este operativo fueron conducidas algunas personas que deambulaban por el sector –sin distinguir su condición sexual- hasta las instalaciones de la inspección del norte a efectos de identificarlos y verificar si tenían antecedentes penales.

4. A lo anterior se sumó la queja presentada por un ciudadano, señalando que en el sector deambulaba una persona que padecía el VIH, por tal razón, hubo necesidad de conformar una base de datos para identificarla y, en el futuro, tomar las medidas necesarias para prevenir la propagación de la mortal enfermedad. La mencionada actividad no constituye reseña de antecedentes penales, ni tampoco atenta contra los derechos humanos de los ciudadanos, por el contrario es evidencia de las actividades desplegadas por la policía en la búsqueda de control de las actividades que afecten y puedan quebrantar la tranquilidad y salubridad públicas.

5. El señor Noguera Villar asumió una conducta reprochable contra la autoridad policial al denunciarla ante diferentes organismos del Estado por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales. Las supuestas violaciones nunca han ocurrido, y tal vez lo que reflejan las quejas del actor son sus apreciaciones subjetivas que “van acompañadas quizás de la misma extigmatización (sic) que existen en la comunidad hacia personas que son homosexuales, especialmente en comunidades como las nuestras en donde esta prácticas rallan con las sanas costumbres y la moralidad pública y por tanto constituyen tabúes que no

son asimilables como sí se da en otros países del orbe ” (fl. 18).

6. Deben ser desestimadas las pretensiones del actor por cuanto no ha existido violación de derecho fundamental alguno y en razón de que el demandante ya ha presentado diferentes quejas por los mismos hechos ante diversas entidades del Estado, y las correspondientes investigaciones disciplinarias se encuentran en trámite.

Decisión de primera instancia

El 25 de junio de 2003, la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Marta resolvió denegar el amparo solicitado. Consideró para ello que, de conformidad con la Carta Constitucional, los homosexuales no pueden ser objeto de discriminación en razón de su condición, es más, que los mismos ostentan un interés jurídicamente protegido siempre y cuando en la exteriorización de su conducta no lesionen los intereses de otros ciudadanos “ni se conviertan en piedra de escándalo, principalmente de la niñez y la adolescencia ” (fl. 32).

Anotó la Sala que, en todo caso, para resolver el tema concreto debe ser considerado que en el sector del camellón en Santa Marta, en las horas de la noche, un grupo de consumidores de drogas, prostitutas y homosexuales llevan a cabo actos que ocasionan el reproche de la sociedad. En ese sentido, a su juicio, se justifican las acciones de la fuerza pública, “utilizando las medidas represoras en este tipo de casos, como es el arresto, cuando de situaciones como la pregunta que hace el accionante en el sentido de que si la policía puede retener a una pareja homosexual por estar dándose un beso en la bahía de Santa Marta”¹. Concluyó señalando que no obra en el expediente prueba alguna que acredite la vulneración de los derechos fundamentales alegada por el actor, razón por la cual no se concedió el amparo.

Impugnación

El 4 de julio de 2003, el señor Noguera Villar impugnó el fallo de tutela. Rechazó, en primer término, las acusaciones del comandante de policía del Magdalena, en el sentido de afirmar que los homosexuales que frecuentan la bahía de Santa Marta realizan conductas que atentan contra la moral y las buenas costumbres de los ciudadanos de bien. Reiteró que su condición homosexual no implica que él no sea también un ciudadano de bien y buenas costumbres, objeto de protección por parte de la policía departamental, como todas las

personas que frecuentan el lugar. De igual manera, consideró que la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Marta al señalar que los homosexuales no deben realizar conductas que generen rechazo por parte de la sociedad, extendió el reproche de ciertas conductas realizadas por otros sujetos a su caso particular –que en nada vulnera la normatividad vigente -.

Decisión de segunda instancia

Por auto del 13 de agosto de 2003, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia resolvió declarar la nulidad de todo lo actuado, de conformidad con el artículo 140 de código de procedimiento civil² y, en consecuencia rechazó la acción de tutela.

SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN

Primera instancia.

Remitido el expediente al Juzgado Penal Circuito de Santa Marta –reparto -, correspondió su conocimiento al Juzgado Primero Penal del Circuito de Santa Marta, quien mediante sentencia del 10 de septiembre de 2003, resolvió denegar el amparo de los derechos fundamentales invocados por el demandante. Consideró para ello que, aunque la solicitud de amparo estuvo enderezada contra el comandante de policía de Santa Marta, este último no puede responder por las actuaciones arbitrarias de los agentes que están bajo su mando, cuando en el curso de una orden impartida de forma legal o en el cumplimiento de sus funciones, incurren en abuso de poder. Además, para plantear los reproches consignados en la acción de tutela de la referencia, el demandante cuenta con otros mecanismos jurídicos a través de los cuales puede reprochar las conductas de los oficiales de manera personal, más no institucional. Concluyó el Juez de instancia que, tomando en consideración que ante la Defensoría del Pueblo cursa una denuncia por los mismos hechos, deberá esperarse la conclusión de tal indagación para establecer con plena certeza la ocurrencia de la vulneración.

II. PRUEBAS QUE OBRAN EN EL EXPEDIENTE

De los documentos en copia simple que obran en el expediente, la Sala destaca los siguientes:

Cédula de ciudadanía y libreta militar de Juan Pablo Noguera Villar (fl 11).

Escrito presentado por los gerentes de varios locales comerciales de la zona del camellón en Santa Marta al capitán Jesús Díaz del programa “zona segura camellón” de la policía el 17 de marzo de 2003, en el cual solicitan que “en forma efectiva se controle al grupo de homosexuales que han destinado la zona del camellón y principalmente la de nuestro sector para el desarrollo de actividades que van desde ser recogidos en automóviles hasta el de ser protagonistas de espectáculos no aptos para menores ni mayores, situación que propicia a su vez con toda seguridad la comercialización de productos prohibidos ” (fl. 20).

Revisión por la Corte

Remitida a esta Corporación, mediante auto del veintiuno (21) de noviembre de 2003, la Sala de Selección Número Once dispuso su revisión por la Corte Constitucional.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1. Esta Corte es competente para revisar los presentes fallos de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

Presentación del caso y problemas jurídicos objeto de estudio

2. El ciudadano Juan Pablo Noguera Villar estima que el comandante de policía del Departamento del Magdalena vulneró sus derechos fundamentales a la igualdad, a la integridad, al libre desarrollo de la personalidad, a la honra, al buen nombre y a la libre circulación. Afirma que es permanentemente hostigado por los agentes y auxiliares de policía quienes lo expulsan del sector de “el camellón” en Santa Marta con el argumento que el comando central de policía ordenó el desalojo de los homosexuales de ese lugar. El comandante de la policía del Magdalena señala que al conducir al actor y a su grupo de amigos a la estación de policía sólo cumple con un llamado de la comunidad comercial del lugar, la cual es afectada con las actividades asociadas a este grupo de personas: prostitución, venta de drogas y actos que vulneran la moral y las buenas costumbres de los habituales de la zona. Indica también que la conducción a la estación de policía de algunos

sujetos, obedece a la información recibida respecto de la presencia de una persona infectada con VIH que frecuenta este sector turístico, en ese sentido, la policía pretende formar una base de datos para identificar a este ciudadano y salvaguardar así la salubridad pública. Concluye reiterando que si bien en otros lugares está bien visto ser homosexual, en la costa caribe colombiana esta elección vulnera los primados éticos y culturales de “los ciudadanos de bien”. El juez que conoció la tutela decidió denegar el amparo. Consideró para ello que el actor ya había presentado quejas con fundamento en los mismos hechos ante diferentes entidades del Estado (defensoría del pueblo) lo que prueba que tiene otros mecanismos de defensa a su alcance. También anotó que la tutela no debió dirigirse contra el Comandante de Policía de Santa Marta quien no debe asumir las consecuencias de las posibles fallas de sus subalternos, los que, si cometieron algún abuso, deben responder a título personal por ello. En conclusión, según el juez de instancia, la conducta denunciada por el demandante debe ser objeto de investigación disciplinaria contra los agentes señalados.

3. La Corte estudiará los siguientes problemas jurídicos: (i) ¿procede la acción de tutela para amparar los derechos a la igualdad, a la integridad, al libre desarrollo de la personalidad, a la honra, al buen nombre y a la libre circulación cuando el demandante ha intentado la protección de sus garantías ante otras entidades del Estado?, (ii) la manifestación de comportamientos asociados a las personas homosexuales en la vía pública, ¿vulnera la moral pública en su componente constitucionalmente relevante?, ¿pueden dichas características personales ser objeto de control mediante la detención preventiva administrativa?, (iii) ¿puede una autoridad administrativa –la policía, por ejemplo- construir bases de datos acudiendo para ello a la detención preventiva de ciudadanos, con el argumento de la presencia en el sector de un ciudadano con VIH?.

Para responder a estos interrogantes, la Sala (i) revisará cuál ha sido la jurisprudencia de la Corte respecto de cargos de vulneración de derecho a la igualdad. En especial estudiará cómo ha sido interpretado e incorporado el examen de proporcionalidad en estos casos, (ii) analizará, de conformidad con la doctrina constitucional, cómo ha de entenderse en el contexto de un Estado social y democrático de derecho, el concepto de moral pública, (iv) considerará en qué consiste la autonomía personal, en punto de la determinación propia de los planes de vida y en qué términos es traducido respecto de la libre determinación de las preferencias sexuales.

El derecho fundamental a la igualdad de trato. Test de proporcionalidad.

4. El derecho fundamental a la igualdad en sus múltiples manifestaciones –igualdad ante la ley, de trato, de oportunidades- es condición necesaria para la realización de principios básicos en un Estado Social y Democrático de Derecho, tales como la dignidad y la autodeterminación personal. En ese sentido, frente a supuestos de beneficios otorgados a un grupo restringido de ciudadanos o de imposición de cargas de manera diversificada, opera el deber de dar cuenta argumentativamente de la constitucionalidad del trato diferenciado. La finalidad de erigir el deber de fundamentar la constitucionalidad del trato discriminatorio, es resultado de la necesidad de evitar que, de manera infundada, se restrinja el acceso a una o a un grupo de personas al ejercicio efectivo de sus derechos y libertades sin que para ello medien motivos razonables y admisibles³.

4.1 El constituyente al consagrar el derecho a la igualdad como garantía fundamental no proscribió de manera definitiva y en abstracto todo trato diferenciado, estableció, por el contrario, una presunción en favor de las condiciones igualitarias, dejando a salvo la posibilidad de justificar adecuada y suficientemente la necesidad de incorporar una diferenciación, dadas ciertas condiciones concretas. En el curso del desarrollo jurisprudencial de este derecho, junto con los avances doctrinarios en dicho campo, han sido establecidos algunos criterios para determinar en qué casos las distinciones fundadas en ciertos parámetros resultan contrarias a los valores constitucionales. Entre otros, son discriminatorios los términos de comparación cuyo sustento sea el sexo, la raza, el origen social, familiar o nacional, lengua, religión y opinión política o filosófica o, en términos generales, cualquier motivo discriminante que se funde en prejuicios o estereotipos sociales cuya única finalidad sea la exclusión de un grupo de individuos de algunos beneficios⁴. En suma, para determinar si un acto discriminatorio es admisible, debe comprobarse si tiene o no como sostén al menos uno de los criterios proscritos por la jurisprudencia y la doctrina constitucionales, y resulta constitucionalmente válido el trato diferenciado.

4.1.1. Al igual que han sido destacados algunos “términos sospechosos de comparación”, también se han elaborado algunos supuestos en los cuales el trato diferenciado no sólo es válido, sino constitucionalmente necesario. Lo anterior, en razón a que en contextos en los que gran parte de la población se encuentra privada de sus libertades reales, o de las capacidades mínimas para vivir en sociedad, el Estado debe intervenir para evitar que la

imposibilidad de acceder a ciertas esferas fundamentales, discrimine y haga nugatorio el ejercicio efectivo de las libertades constitucionalmente amparadas de determinados grupos poblacionales. Entonces, estos dispositivos de “discriminación positiva” frente a capas históricamente relegadas, cuenta con consagración y amparo superiores.

4.2 En todo caso, frente a supuestos de diferenciación que no estén enmarcados en la categoría “discriminación positiva”, debe realizarse un examen tanto del término diferenciador, como de las consecuencias que se siguen de la aplicación del mismo.

Hipótesis de discriminación constitucionalmente proscritas.

5. En atención a los mandatos superiores, están prohibidas las diferenciaciones cuya finalidad (análisis de consecuencias) sea la exclusión de grupos de personas tradicionalmente señalados, y la negación del ejercicio de sus derechos fundamentales. La segregación está precedida, generalmente, por la carga valorativa que incorpora el lenguaje de las normas o las prácticas institucionales recurrentes, que terminan por confundirse con la institucionalidad misma (criterio deontológico) y que en última instancia, imponen cargas que los sujetos no tienen el deber de soportar ni moral ni constitucionalmente. La discriminación no sólo se configura cuando frente a supuestos de hecho iguales en lo relevante, la ley deriva consecuencias desiguales, sino también cuando las autoridades administrativas, amparadas en sus facultades legales, aplican criterios de diferenciación evidentemente irrazonables resguardados en un supuesto manto de legalidad, cuyo efecto es la vulneración del derecho fundamental a la igualdad.

5.1 En la segunda hipótesis, el trato discriminatorio resulta más difícil de probar para el ciudadano presuntamente afectado, por cuanto la vulneración está constituida por una secuencia de episodios aparentemente legales, cuyo contenido tiene como correlato la negación de garantías básicas. En esta serie de actuaciones orientadas a la exclusión de ciertos grupos poblacionales -históricamente ignorados-, la autoridad aplica criterios constitucionalmente proscritos, aunque alega como justificación para ello el peligro que entrañan para “la sociedad” y el daño que presuntamente ocasionan a la misma. Por esta razón, dado que es difícil acreditar el móvil ilegítimo que sustenta la actuación administrativa para el ciudadano, es a la autoridad que aplica la disposición jurídica a quien corresponde la carga de probar que no ha empleado razones discriminatorias para ello⁵.

5.2 Al juez constitucional compete, cuando el criterio diferenciador es precisamente alguna de las características arriba reseñadas como “sospechosas” ejecutar el examen de igualdad en el caso concreto. De manera más general, debe realizarse una indagación estricta de igualdad cuando la distinción está fundada en:

rasgos permanentes que las personas no pueden modificar a voluntad a riesgo de perder su identidad; características individuales que han sido tradicionalmente motivo de exclusión social (en términos de disvalor de quien las ostenta);

criterios que no pueden servir autónomamente de parámetro para la distribución equitativa y racional de bienes, de derechos o cargas sociales⁶.

5.3 A fin de determinar si el trato discriminatorio vulnera el derecho fundamental a la igualdad, la Corte ha elaborado un modelo de análisis que integra el juicio de proporcionalidad y el test de igualdad⁷. El operador jurídico debe, entonces, estudiar si la medida (i) es adecuada, en tanto persiga la obtención de un fin constitucionalmente válido; (ii) si es necesaria, en tanto no exista otra forma de obtener el mismo resultado con un sacrificio menor de principios constitucionales y que tenga la virtud de alcanzar el fin propuesto. En último lugar, el juez lleva a cabo (iii) un examen de proporcionalidad en estricto sentido, en el cual determina si el trato diferenciado no sacrifica valores constitucionales más relevantes que los resguardados con la medida atacada.

5.3.1. Teniendo en consideración la necesidad de fundamentar analíticamente el estudio de proporcionalidad con los tres pasos arriba mencionados, resulta conveniente también determinar el grado de rigor con que debe ser aplicado el examen, de conformidad con el carácter de la disposición legal o decisión administrativa atacadas. Así, en determinados casos el juicio de proporcionalidad será flexible, en tanto bastaría que la medida atacada sea potencialmente eficaz para alcanzar el fin propuesto; en otros se realiza un análisis intermedio, en torno a si la medida resulta razonablemente adecuada para alcanzar el fin constitucional señalado. Por último, el escrutinio a realizar debe ser estricto cuando la medida sea indispensable para alcanzar un fin constitucionalmente importante.

Pasará la Sala a estudiar si, de conformidad con la jurisprudencia desarrollada por la Corte, el test de proporcionalidad a aplicar en hipótesis en las cuales el trato diferenciado se fundamenta en el criterio “orientación sexual” debe ser flexible, intermedio o estricto,

cuando la finalidad de la actuación es la salvaguarda de la moral pública.

Concepto de moral pública, fines constitucionalmente protegidos y test de proporcionalidad.

6.1 La moral pública como fuente de razones para fundamentar una decisión judicial o administrativa, debe ser examinada en cada caso a la luz del principio que establece una presunción a favor del criterio pro libertate en el actual modelo constitucional. Es decir: si bien la estructura normativa de las prescripciones en el ámbito de la razón práctica general puede funcionar como argumento válido en contextos jurídicos, el examen que es necesario hacer a este tipo de razones debe tomar en consideración si acuden al derrotero fijado por las orientaciones valorativas seguidas por la mayoría, con el posible menoscabo de las garantías fundamentales de las minorías. En ese sentido, no puede el juez constitucional olvidar que muchas veces las razones de tipo moral, aunque están de acuerdo con la opinión preeminente en algún momento, pueden vulnerar el derecho a la autonomía de los sujetos cuyo plan de vida no está en consonancia con los proyectos vitales aceptados por la generalidad de los ciudadanos. Lo anterior permite afirmar que – de conformidad con lo establecido en el fundamento 3 de esta providencia- cuando la aplicación de una sanción administrativa o la promulgación de una norma jurídica que persiga exclusivamente la defensa de un principio de moral pública debe ser sometida a un test estricto de proporcionalidad. Se tiene entonces que sólo será constitucional una medida de esta índole si es necesaria, adecuada y estrictamente proporcionada para la salvaguarda del valor en mención ajustado a la Constitución.

6.2 En punto de la aplicación de sanciones por parte de autoridades administrativas –como la detención preventiva administrativa- es imprescindible recalcar que en tanto restringen la libertad personal, no pueden tener como fundamento tan sólo una consideración de moral pública, que a su vez, no ampare bienes constitucionalmente protegidos.

En conclusión entonces, cuando una autoridad tiene a su cargo la imposición de sanciones administrativas, no puede fundar el reproche en consideraciones de razón práctica exclusivamente, sino que debe estructurar su razonamiento con todas las circunstancias relevantes para el caso –entre las que se cuentan las prescripciones normativas de moralidad pública-8.

6.3 Para que un principio de moral pública sea fuente legítima de una norma o de una

decisión administrativa que restrinja la libertad personal, el mismo no debe ser tan sólo la expresión de idearios perfeccionistas colectivos o individuales. En supuestos de sociedades contemporáneas en las cuales conviven múltiples grupos humanos con cosmovisiones disímiles, el primado constitucional propende por el respeto y preponderancia de la libertad como barrera frente a convicciones homogenizantes que tienden a imponer su visión de mundo a toda la sociedad (con fundamento en sus prejuicios y concepción de verdad). Sobre el punto, ha dicho la Corte:

“La moralidad pública que puede ser fuente de restricciones a la libertad, es aquella que racionalmente resulta necesario mantener para armonizar proyectos individuales de vida que, pese a ser absolutamente contradictorios, resultan compatibles con una democracia constitucional y que, adicionalmente, es indispensable para conjugar la libertad individual con la responsabilidad y la solidaridad que hacen posible este modelo constitucional. En este sentido, la moralidad pública articula en el plano secular un modo de ser y de actuar que no puede soslayar la persona, portadora de derechos, que es, al mismo tiempo, sujeto individual y miembro de una comunidad. El concepto de orden público en la sociedad democrática basada en los derechos, se refiere a las condiciones y orientaciones valorativas mínimas que deben ser respetadas por sus miembros para que ésta sea una comunidad organizada en términos de libertad y para la libertad. Esta función del orden público en una democracia constitucional, forzosamente debe predicarse con la misma intensidad de cada uno de los elementos que lo integran, entre ellos, la moralidad pública. Se comprende, entonces, que la relativización de la libertad obedece a una lógica social que mira a su conservación y a su florecimiento, lo que no sería posible si los planes de vida de todos los sujetos y sus puntos de vista de orden moral, pudieran llevarse a cabo y manifestarse socialmente sin cortapisa o armonización alguna.

Por esta razón, el juez constitucional debe confrontar los criterios de moralidad pública contenidos en la ley, con el conjunto de normas y principios constitucionales. No obstante que la ley se apoye en un criterio de moral pública, si éste desconoce los principios superiores sobre los que se edifica la democracia constitucional, fundada en el respeto de los derechos fundamentales, la Corte no tiene alternativa diferente a declarar su inexecutable. Esto simplemente significaría que la concepción acogida sobre moral pública no era la que se desprendía de las instituciones constitucionales o la que era necesario implementar con el fin de que ellas tuviesen un desarrollo adecuado en la vida social.

(...)

En particular, los jueces, con el objeto de construir o refrendar la moralidad pública, deben justificar sus decisiones en los principios que se prohíjan en la Constitución y hacerlo de manera expresa de modo que se puedan conocer y controlar racionalmente los reales y verdaderos juicios que sirven de asidero a la solución que dan a cada caso. Sólo así se puede mantener la confianza en la función de los jueces como autoridades responsables y como intérpretes coherentes de la Constitución y de sus principios.”⁹

6.4. En conclusión, es posible afirmar que la moralidad pública (i) es un elemento adicional en la constitucionalización de los derechos de los ciudadanos, (ii) es fuente de limitaciones de derechos constitucionales, en tanto permite al Estado imponer restricciones con el objetivo de armonizar proyectos de vida disímiles en el contexto de una democracia, (iii) está compuesta por los principios que se encuentran en relación de conexidad necesaria con la idea de Estado social y democrático de derecho, cuales son, entre otros: dignidad humana, la búsqueda de la paz, el pluralismo y la tolerancia ¹⁰. En ese orden de ideas, frente a la vaguedad conceptual e indeterminación de fuentes normativas de reglas y principios en el ámbito de la moral pública –y frente a la posible restricción ilegítima del derecho a la libertad- debe aplicarse un test estricto de proporcionalidad.

6.4.1 Ahora bien, en atención a que la finalidad propuesta con la actuación administrativa objeto de estudio fue la salvaguarda de la moralidad pública, y que ante este tipo de criterios debe adoptarse un test de proporcionalidad estricto, falta estudiar en qué categoría puede ser enmarcado el trato diferente dado con ocasión de la condición sexual de individuo.

Orientación sexual como criterio de discriminación. Test de proporcionalidad.

7. En múltiples oportunidades la Corte Constitucional se ha pronunciado respecto de la orientación sexual como criterio rector de un trato diferenciado. En términos generales, ha señalado que la opción sexual de una persona constituye un elemento definitorio de su identidad y un componente fundamental de la autonomía individual que le permite planear y desplegar el propio plan de vida sin compulsiones externas. A continuación se reseñarán algunos de las sentencias que han marcado el rumbo de la jurisprudencia constitucional en este campo:

1. En la sentencia T-101 de 1998 la Corte indicó que las consideraciones para dar un trato diferente y para excluir del goce efectivo de ciertos derechos a algunos ciudadanos cuyo contenido sea la condición sexual de los mismos, ponen en cuestión los principios básicos del Estado social de derecho y violan los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad. La valoración individual de un sujeto respecto de la normalidad o no de ciertas expresiones de la autonomía sexual, está constitucionalmente proscrita como razón admisible para otorgar un trato discriminatorio a estos ciudadanos.

2. En la sentencia C-481 de 1998, la Corte recordó cómo los homosexuales han sido un grupo poblacional tradicionalmente marginado, objeto de múltiples mecanismos de exclusión social, política, jurídica y religiosa. Tal trato discriminatorio, ha sido justificado con base en prejuicios que consideran tal preferencia como inmoral, antinatural y producto de una enfermedad mental. En todo caso, esta suerte de preconcepciones contradice valores esenciales del constitucionalismo contemporáneo cuya médula son los principios de dignidad humana, autodeterminación, pluralismo y respeto por los proyectos de vida individuales y que, como consecuencia de ello, rechaza la segregación a la cual han sido sometidos. En punto del examen de proporcionalidad de una medida cuyo criterio de distinción es la preferencia sexual de un individuo, anota que la discriminación resulta aún más reprochable en tanto difícilmente puede sustentarse un fin constitucionalmente protegido, sobretodo teniendo en cuenta que la preferencia sexual es un asunto que sólo concierne al sujeto de la misma y en nada afecta el desempeño de una labor. En suma, todo trato desigual que se funde en móviles de opción sexual, equivale a una discriminación en razón del sexo que, en principio, está constitucionalmente prohibida. Concluyó entonces que: “la Corte ha afirmado que la específica orientación sexual de un individuo constituye un asunto que se inscribe dentro del ámbito de autonomía individual que le permite adoptar, sin coacciones ajenas, los proyectos de vida que considere pertinentes, siempre y cuando, con ellos, no vulnere el orden jurídico y los derechos de los demás.”¹¹ Así, la doctrina constitucional ha señalado que la Carta eleva a derecho fundamental “la libertad en materia de opciones vitales y creencias individuales”, lo cual implica “la no injerencia institucional en materias subjetivas que no atenten contra la convivencia y organización social. Es evidente que la homosexualidad entra en este ámbito de protección y, en tal sentido, ella no puede significar un factor de discriminación social”¹². Por ello, señala esa misma sentencia, el “homosexualismo, en sí mismo, representa una manera de ser o una opción individual e íntima no sancionable.”^{13 14}

3. En la sentencia T-268 de 2000, la Corte reiteró que siendo el Estado garante del ejercicio plural de los derechos en la sociedad, tiene el deber de permanecer neutral frente a las opciones sexuales de los individuos que no vulnere derechos de terceros. Es más, se activa su deber tutelar de los derechos fundamentales frente a las decisiones administrativas que segreguen a un sujeto o grupo de ellos con ocasión de la opción sexual por ellos elegida.

4. En conclusión, es posible derivar las siguientes consecuencias en punto de la jurisprudencia respecto de la condición homosexual como criterio sospechoso de discriminación: (i) en estos eventos debe aplicarse un test estricto de proporcionalidad, por cuanto difícilmente puede sustentarse un fin constitucionalmente admisible en punto de la restricción de la autodeterminación sexual; (ii) la opción sexual de los ciudadanos constituye un componente esencial de la autodeterminación de los proyectos vitales y del desarrollo de la vida en relación. Implícitamente puede afirmarse también que los fallos de la Corte proscriben la prohibición de comportamientos públicos permitidos a los heterosexuales y negado para los homosexuales.

Deber de proteger la salubridad pública por parte de los organismos de policía. Detención preventiva administrativa.

8. La detención preventiva administrativa es la potestad que tienen los organismos de policía de aprehender materialmente a ciertos sujetos en caso de urgencia, cuando está de por medio el cumplimiento de su función de salvaguarda de los derechos y el ejercicio efectivo de las libertades públicas. De conformidad con la sentencia C-024 de 1994, la mencionada aprehensión sólo puede darse en presencia de los siguientes supuestos: (i) la existencia de razones fundadas que evidencien la necesidad de este procedimiento. Tal detención no puede basarse en la mera sospecha o convicción subjetiva del agente respecto de la ocurrencia de una posible infracción; (ii) debe tratarse de situaciones de urgencia y apremio cuyo aplazamiento puede conllevar un peligro inminente y, posteriormente, hacer ineficiente una investigación judicial, (iii) debe ser proporcionada en consideración a la gravedad de los hechos (iv) no pueden ser discriminatorias, en el sentido de estar encaminadas a excluir ciertos grupos sociales con fundamento en prejuicios hostiles hacia ellos. Además, la detención preventiva de naturaleza administrativa sólo procede, por regla general, ante eminentes vulneraciones de derechos fundamentales que tenga relevancia penal. Aprehensión que debe basarse en pruebas serias de incriminación y no en sospechas.

8.1 Con fundamento en los criterios arriba expuestos, no encuentra la Corte justificado que los organismos de policía amparen la realización de detenciones preventivas a un sector determinado de la población, sustentando para ello que tienen conocimiento de la presencia en un determinado sector de una persona con VIH. Si en realidad tuviesen la potestad de aprehender a los ciudadanos por este motivo –cosa que no es cierta- tendrían que conducir a la estación de policía no a un número limitado de ciudadanos homosexuales, sino al grueso de la población de una determinada ciudad, en tanto es de amplio conocimiento –más aún para las autoridades públicas- que el virus de la inmunodeficiencia adquirida no ataca exclusivamente a una categoría cerrada de sujetos sino que, por el contrario, todos los seres humanos estamos expuestos a contraer el virus y a desarrollar posteriormente la enfermedad. En todo caso debe haber absoluta claridad respecto de la prohibición que vincula a un ente administrativo como la policía de crear bancos de datos que contengan este tipo de información. El problema de la propagación de enfermedades infectocontagiosas y el deber de velar por la salubridad pública no se satisfacen restringiendo la libertad de circulación de algunos individuos que, con fundamento en un prejuicio social refutado, son discriminados con ocasión de su opción sexual. El mismo argumento puede extenderse a las hipótesis de detención administrativa en razón de la lesión a la moral pública que su comportamiento público comporta. A juicio de esta Corte, resulta inconstitucionalmente discriminatorio que las personas homosexuales sean arrestadas con ocasión de comportamientos que son respetados y garantizados a los heterosexuales. De igual manera, la tesis de conformidad con la cual un grupo de personas comercia con drogas ilícitas, debe denunciarse y probarse en el curso de un proceso penal. No puede presumirse con el fundamento peligrosista consistente en que los ciudadanos con cierta opción sexual cometen este delito con ocasión de sus preferencias eróticas.

9. El señor Juan Pablo Noguera Villar presentó acción de tutela contra el comandante de policía del Magdalena por considerar que los agentes bajo su mando vulneraron sus derechos fundamentales a la igualdad, a la integridad, al libre desarrollo de la personalidad, a la honra, al buen nombre y a la libre circulación, con ocasión de la prohibición expresa y la aprehensión administrativa de la cual es objeto cuando se ubica en cierto sector de la ciudad Santa Marta. El actor asegura que las detenciones y los hostigamientos son debidos a su preferencia homosexual. El comandante de policía del Magdalena respondió afirmando que la entidad tan sólo ha atendido al llamado de la comunidad, quien además de denunciar el foco de comercio ilícito de drogas que estas personas fomentan, señalan la vulneración de la

moral social originada en las conductas de estos individuos. Señaló también el funcionario público que, si bien en otros lugares del planeta la conducta de personas homosexuales es normal, en la costa caribe colombiana aquellas manifestaciones dan al traste con las buenas costumbres de los “ciudadanos de bien”. Por último informó que el comando de policía ha sido notificado respecto de la presencia de una persona con VIH en el sector. Por tal razón, en cumplimiento de su deber de proteger la salubridad pública han hecho detenciones administrativas de algunos ciudadanos con el fin de constituir bases de datos e identificar al (a) portador (a).

El juez de instancia denegó el amparo. Consideró para ello que el ciudadano contaba con otros medios de denuncia y defensa a su alcance, que además ya había intentado y que, en todo caso, lo que procede en tal situación es la investigación disciplinaria personal por los posibles excesos en que pudieron incurrir los agentes. Según el operador jurídico, el comandante de policía demandado no tiene el deber de asumir la responsabilidad por las infracciones de los policías a su cargo.

9.1. Para la Sala es claro, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia (i) que en el caso de la referencia es necesario aplicar un test estricto de proporcionalidad por cuanto (a) el fundamento del trato discriminatorio es un criterio sospechoso –condición sexual –, y (b) el fin perseguido con la actuación administrativa es la salvaguarda de la moral pública (concepto extremadamente vago). De la aplicación de esta evaluación surge fácilmente que las preferencias homosexuales de ciertos ciudadanos hacen parte de su derecho a la intimidad y a la autodeterminación, tan sólo excepcionalmente restringible por parte del Estado. En ese sentido, no se ve cómo se resguarda el fin constitucionalmente protegido –la guarda de la moral social- con la restricción casi absoluta de circulación a un grupo de ciudadanos y con las detenciones administrativas de las cuales son objeto. Es necesario reiterar que el hecho de tener cierta preferencia sexual (que no dañe derechos de terceros) hace parte del derecho a definir los propios planes de vida y a desplegar en consecuencia la vida de relación, sin que ello pueda ser limitado por los prejuicios personales de los funcionarios con facultades de policía.

En segundo lugar, encuentra la Corte que la medida restrictiva de la libertad de circulación por el territorio nacional del ciudadano no resulta ni necesaria ni adecuada para garantizar un valor constitucional. Con el fin de llevar ante los tribunales a las personas que comercian

drogas ilícitas debe iniciarse la actuación penal correspondiente, no detener a cierto número de ciudadanos por que al funcionario policial “le pareció” que estaban involucrados en la comisión del delito. En conclusión, no solo la medida prohibitiva de permanecer en un lugar abierto al público dada al actor no es necesaria, sino que resulta a todas luces inútil para evitar que se cometan ilícitos.

Por último es evidente que las disposiciones tomadas por la policía del Magdalena son desproporcionadas y sacrifican valores constitucionales, sin que medie razón suficiente para ello. La pretensión de conformar bases de datos de las personas portadoras del VIH planteada por el comandante de policía como uno de los motivos para detener administrativamente al actor, vulnera sus derechos a la libre circulación, a la dignidad humana y a la intimidad -entre otros -. La policía departamental no está incluida entre los entes que pueden recopilar esta información -mucho menos teniendo en cuenta que pretenden utilizarla para señalar al portador -, que aún respecto de las instituciones que la recopilan tan solo para fines estadísticos, tienen estricta reserva legal.

Por último cabe recordar que la acción de tutela y la queja disciplinaria por el comportamiento indebido de un funcionario pueden ser concurrentes. En la primera de ellas se indaga la posible vulneración de derechos fundamentales cometida por un funcionario público y, en ese sentido, lo que es igual, por un representante del Estado. En la segunda se indaga por la comisión de infracciones de manera personal por parte de los mismos trabajadores. En suma, las dos pueden intentarse al mismo tiempo y ello no torna improcedente la acción de tutela. En conclusión, no asiste razón al juez de instancia en tanto afirma que el hecho de que el demandante haya denunciado la posible infracción disciplinaria ante otras entidades estatales tenga como consecuencia la denegación del amparo por existir otros medios idóneos de defensa.

Con base en las consideraciones expuestas, la Sala concederá la tutela solicitada por el actor

IV. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO. –REVOCAR el fallo dictado Juzgado Primero Penal del Circuito de Santa Marta en el asunto de la referencia, y en su lugar CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la igualdad, a la integridad, al libre desarrollo de la personalidad, a la honra, al buen nombre y a la libre circulación del ciudadano Juan Pablo Noguera Villar

SEGUNDO. – ORDENAR al comandante del departamento de policía del Magdalena que imparta las instrucciones necesarias y suficientes al personal a su cargo, a fin de que cese de manera inmediata el hostigamiento del cual ha sido objeto. El citado comandante deberá comunicar el cumplimiento de esta decisión a la Defensoría del Pueblo y a la inspección general de la policía nacional.

TERCERO.- LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

Secretario General (E)

1 El demandante formuló es su demanda de tutela la siguiente pregunta: “¿será que la policía puede retener a una pareja homosexual por estar dándose un beso en la bahía de

Santa Marta ?”(fl. 4)

2 De conformidad con el artículo 140, numeral 2° del código de procedimiento civil, el proceso es nulo en todo o en parte, cuando el juez carece de competencia. Ahora bien según el párrafo 2°, del numeral 1°, del artículo 1°, del decreto 1382 de 2000: “A los Jueces del Circuito o con categorías de tales, le serán repartidas para su conocimiento, en primera instancia, las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier organismo o entidad del sector descentralizado por servicios del orden nacional o autoridad pública del orden departamental”. En ese sentido, correspondía a los Jueces de Circuito conocer de la acción de tutela interpuesta contra el departamento de policía del Magdalena y no al Tribunal Superior de Santa Marta

3 Ver, entre otras, las sentencias C-221 de 1992, C-430 de 1993, T-230 de 94, C-445 de 1995, C-022 de 1996. T-352 de 1997, C-563 de 1997 y C-112 de 2000.

4 Ver sentencia T-098 de 1994.

5 Ver sentencia T-098 de 1994.

6 Ver sentencia C-481 de 1998. Ver también las sentencias T-422 de 1992, C-530 de 1996, C-226 de 1994, C-022 de 1996, entre otras.

7 Para una exposición completa de las dos metodologías puede consultarse César A. Rodríguez “El test de razonabilidad y el derecho a la igualdad” en Observatorio de Justicia Constitucional, Universidad de los Andes, Bogotá, 1996, pág. 257 y ss.

8 Ver Sentencia C-404 de 1998.

9 Sentencia C-404 de 1998.

10 Ver sentencia T-1083 de 2002.

11 Al respecto, véanse, las ST-097/94 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz); ST-539/94 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa); ST-569/94 (MP. Hernando Herrera Vergara); ST-037/95 (MP. José Gregorio Hernández Galindo); ST-290/95 (MP. Carlos Gaviria Díaz); SC-098/96 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz); ST-101/98 (MP. Fabio Morón Díaz).

12 Sentencia T-097/94. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamento Jurídico 30.

13 Ibídem, Fundamento Jurídico 31.4.3.

14 Sentencia C-481 de 1998.